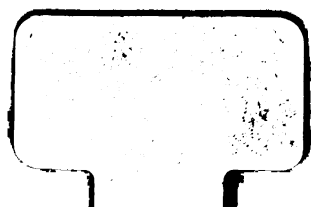
NOTARISTEFANI

Bigamia

1896

BIGAMIA

E

NULLITÀ DI MATRIMONIO

PER L'AVVOCATO

RAFFAELE DE NOTARISTEFANI
Sostituto Procuratore del Re

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33, VIA CARLO ALBERTO, 33
1896

Estratto dalla Giurisprudenza Italiana
Volume XLVIII.
(Proprietà letteraria)

BIGAMIA E NULLITÀ DI MATRIMONIO

L'articolo 359 del codice penale italiano corrisponde in gran parte all'articolo 340 dell'ultimo progetto Zanardelli, che la relazione ministeriale accompagnava con le seguenti osservazioni: " L'essenza del reato di bigamia consiste, non tanto nella scienza e coscienza che ha il bigamo di essere già coniugato, ma eziandio e sopra tutto, nella validità del precedente matrimonio; imperocchè se questo per avventura sia nullo, vale anche qui la regola: *quod nullum est, nullum parit effectum;* e non può quindi esservi delitto di bigamia, sebbene al momento in cui furono fatte le nuove nozze il precedente matrimonio non fosse stato dichiarato nullo. Questa nozione giuridica del delitto di bigamia, che risponde agli ultimi dettati della scienza, è accolta nell'articolo 340 del progetto: dove, rigettate le formule poco felici del codice penale francese (art. 340) e del codice nostro del 1859 (art. 488), e quella pure imperfetta del codice penale toscano (art. 296), si dichiara colpevole di bigamia chiunque, essendo legato da valido matrimonio, ne contrae un altro „.

E in nota: " L'articolo 488 del codice del 1859 si esprime così: " chiunque, essendo unito in matrimonio legittimo, ne contrae un secondo, non ancora disciolto il primo, è punito, ecc. „. Secondo questa disposizione

fu ritenuto essere condizione del reato di bigamia non la semplice preesistenza di un matrimonio legittimo per la forma, ma valido ancora intrinsecamente, come risulta dalle sentenze della cassazione di Milano del 16 novembre 1864, Toschi, e della cassazione di Palermo, del 16 luglio 1865, N. N. L'articolo 296 del codice toscano è, in forma più indecisa, così concepito: " chiunque, sapendo di essere legato da un matrimonio anteriore, ne contrae un altro, soggiace, ecc. „. Il codice austriaco, al pari di altri codici, fra cui quelli recenti di Basilea-città (§ 57), del Canton Ticino (art. 267), di Olanda (art. 237), lascia insoluta la quistione così disponendo: " § 206. Se una persona coniugata contrae matrimonio con un'altra persona, commette il crimine di bigamia „. Ma nel progetto austriaco del 1881 la quistione trovasi risoluta in senso contrario al nostro progetto, col § 184, così concepito: " un coniuge che prima dello scioglimento o della dichiarazione di nullità del suo matrimonio ne contrae un altro, ecc. „. Eguale sistema è seguìto dal cod. pen. dell'impero germanico (§ 171). Il codice francese così dispone: Articolo 340: " Chiunque, essendo vincolato dai legami del matrimonio, ne avrà contratto un altro prima dello scioglimento del medesimo, sarà punito, ecc. „. E identica disposizione è nell'art. 391 del codice belga. In forma analoga dispongono il codice spagnuolo (art. 456), il progetto di codice penale spagnuolo del 1885 (art. 532), il codice portoghese (articolo 337), lo svedese (cap. 17, § 4), quello di Berna (art. 174), di Neuchâtel (art. 149), di Ginevra (art. 283). La dottrina e la giurisprudenza francese e belga, però, non ostante la generalità della locuzione *legami del matrimonio*, non ostante che si voglia lo *scioglimento* del matrimonio anteriore, hanno accolto il concetto che non esiste il reato di bigamia, se il primo matrimonio sia affetto di nullità, quantunque non fosse stato dichiarato nullo dal magistrato (V. Chauveau et Hélie, *Théorie du code pénal*, § 2929; Merlin, *Répert.*, v° *Bigamie;* Le Sellyer, *Traité du droit criminel*, t. IV, 1524; Beltjeus, *Les codes belges annotés*, sull'art. 391

del codice penale). Fra i codici che esplicitamente accolgono il concetto seguito dal progetto sono da notare i moderni codici del cantone di Friburgo (articolo 203), di Zurigo (§ 120), di Ungheria (art. 254) „.

Nessuna osservazione s'ebbe il progetto suddetto nella camera dei deputati e nel senato.

La commissione di revisione propose invece di cancellare la parola *valido*, ritenendo superfluo parlare di validità quando si accenna all'esistenza di un precedente matrimonio e sembrandole chiaro che allora può dirsi che esiste altro matrimonio, quando il medesimo sia valido.

Ma il ministro nel testo definitivo non accolse la proposta e disse nella relazione al re: " Mi sembrò opportuno che si dovesse integralmente conservare la nozione della bigamia, col far menzione della *validità* del precedente matrimonio. Tale validità è appunto la condizione indispensabile per la sussistenza del delitto, di cui rimarrebbe manchevole la configurazione ove non se ne richiedesse espressamente il concorso „

Trovasi dunque chiaramente deciso dal testo e dalle relazioni e non è più possibile porre in dubbio dall'interprete, che non solamente l'esistenza, ma l'intrinseca validità del primo matrimonio è uno degli elementi essenziali del reato di bigamia.

Non egualmente chiara è la risoluzione della quistione analoga in ordine alla validità del secondo matrimonio. E forse un espresso dettato di legge sarebbe stato tanto più necessario, quanto è meno facile giustificare razionalmente la regola prevalentemente accettata, che cioè indipendentemente dalla nullità cagionata dal vincolo precedente debba il secondo matrimonio essere scevro da ogni altro vizio di nullità per dar vita ad un reato di bigamia.

Difatti, se è possibile fino ad un certo punto ammettere con la commissione di revisione, che l'esistenza e la validità di un matrimonio non possono essere separate, quando si guarda ai vincoli giuridici che definitivamente stabilisce, non si può in alcuna maniera affermare che un matrimonio, per quanto affetto

di nullità, non sia materialmente contratto, sempre che un atto di stato civile regolarmente lo attesti; e quindi non si può certo ritenere che nella espressione usata dall'articolo 359 *contrae matrimonio* si contenga implicito ma chiaro il concetto della validità del secondo matrimonio contratto. Per farlo occorrerebbe dimenticare la distinzione fra matrimonio inesistente e matrimonio nullo, formulata dallo Zachariae, ritenuta dal Marcadé con severe parole contro gli autori francesi che come il Duranton e il Toullier ne tacciono ed accettata con modificazioni dal Demolombe, nella sua integrità dal Laurent, che inesattamente, sembra, estende al Merlin il rimprovero del Marcadé, mentre il Merlin nella famosa disputa, di cui appresso discorreremo, sulla pregiudicialità della eccezione di nullità (*Rép.*, v° *Bigamie*, n° 2) trae appunto da quella distinzione conseguenze diverse in ordine alla competenza.

Non si potrebbe egualmente ricorrere alla massima invocata dalla relazione ministeriale: *quod nullum est nullum parit effectum*, perchè il secondo matrimonio è sempre essenzialmente nullo per l'esistenza del vincolo precedente, e quindi se la nullità sua potesse e dovesse bastare ad escludere il reato, in alcuna ipotesi il delitto di bigamia potrebbe mai esser punito.

Finalmente, anche ricorrendo alle ragioni d'impunità nel caso di nullità del primo matrimonio, non si potrebbe farne applicazione al caso di nullità dell'altro per motivi diversi dalla bigamia. Due sono per verità, secondo il sistema accettato dal codice penale, i diritti individuali lesi dal reato, quello del coniuge abbandonato e quello del coniuge ingannato. Ma quando il matrimonio anteriore è nullo, nessun diritto esiste nel primo, nessuna lesione irreparabile soffre il secondo, che può ottenere la conferma del vincolo comunque contratto. Ora può dirsi lo stesso, quando è nullo il secondo matrimonio? Non per quanto riguarda il diritto leso del secondo coniuge, che, non dipendendo dal matrimonio, ma a questo essendo preesistente, resta sempre violato, sia che solo per ragion di bigamia questi veda annullato il vincolo coniugale e soffra

quindi le conseguenze nell'onore, nel patrimonio, nella integrità fisica, che a quell'annullamento si accompagnano, sia che la nullità con gli stessi effetti sia anche pronunziata per altra causa. Sarebbe vano dire: se il vincolo precedente non fosse esistito, il danno sarebbe avvenuto lo stesso: sta bene, ma il reato non si contiene nel vincolo precedente, sibbene nel nuovo vincolo assunto durante la celata esistenza del primo. Non è il caso allora di fare ipotesi non pertinenti e bisogna invece indagare: se il vincolo precedente non fosse stato celato, il secondo matrimonio, sebbene nullo per altra causa, si sarebbe contratto? E nella negativa non si può negare, che un nesso strettissimo di causa ad effetto rannodi il silenzio sul vincolo precedente, in che consiste la frode, al consenso sul vincolo susseguente, da che ha origine il danno.

Egualmente per quanto riguarda il diritto leso del primo coniuge. Se si incrimina il reato di bigamia commesso col concorso sciente del secondo coniuge, se quindi si ritiene che costituisca lesione del diritto del primo un nuovo matrimonio e che questa lesione basti a render necessaria la pena, si dovrebbe assolutamente prescindere dalla nullità intrinseca del detto matrimonio nuovo e contentarsi dell'esistenza sola di fatto, perchè non si comprende in qual modo e con qual fondamento qualsiasi altra nullità faccia esulare la detta lesione, quando questa resta viva ed integra nonostante la nullità essenziale, da cui in alcuna guisa può mai essere scevro il secondo vincolo del bigamo.

E lo stesso non può a meno di ripetersi, se si pon mente al danno sociale, che si fa derivare dallo scandalo pubblico per la coesistenza dei due matrimoni. O a produrre quello scandalo basta che il secondo matrimonio esista, sia pure non valido e allora è indifferente quali e quante siano le ragioni di nullità, o la nullità del secondo matrimonio toglie lo scandalo e allora mai questo può sussistere per la bigamia.

Guardando finalmente la quistione dal lato subbiettivo, non si potrebbe a meno di trovare lo stesso di-

vario fra gli effetti della nullità nel primo e nel secondo matrimonio e di dedurne le stesse conseguenze. Quando la nullità vizii il primo matrimonio, l'accusato di bigamia può assumere in sua difesa, ch'egli sapeva di non violare il diritto di alcuno, di non produrre alcun danno; ma la sua intenzione fraudolenta è possibile escludere, quando, vincolato da un precedente matrimonio valido, disprezzi questo vincolo o lo nasconda per contrarre un altro matrimonio, sia quest'ultimo nullo soltanto per la bigamia o anche per altre cause?

Insomma la simultanea coesistenza di due matrimoni non annullabili, non è possibile; quindi non dovrebbe essere richiesta come condizione di punibilità e dovrebbe bastare la coesistenza di un secondo vincolo di fatto con un primo vincolo giuridico.

In coerenza di questi principii la corte di cassazione di Francia con sentenza 19 novembre 1807 (*Sirey*, 13, 1, 389; Dalloz, *Rép.*, v° *Bigamie*, num. 36) giudicava, che, quando il secondo matrimonio è rivestito di forme esteriori legali, la sua nullità non copre punto il delitto. E gli autori della *Théorie*, per quanto vedano nel fatto, e non se ne comprende la ragione, un semplice tentativo di bigamia, accettano tuttavolta " che la nullità del secondo matrimonio non fa necessariamente cessare la criminalità dell'agente ". Ma presto la giurisprudenza ebbe a mutare (corte di cassazione, 18 febbraio 1819, *Sirey*, 13, 1, 390; Dalloz, *ivi*, n° 16) e la dottrina fu con gran prevalenza di avviso contrario.

" L'eccezione, dice Mangin (*Traité de l'action publique*, n° 198), tratta dalla nullità di uno dei matrimonii, il concorso dei quali costituisce il crimine di bigamia, è perentoria; tende a distruggere l'esistenza del crimine stesso; l'accusato è ammissibile a farla valere in ogni stato di causa ".

E il Le Sellyer (*Traité*, *etc.*, n° 1524): " non può esservi bigamia, che quando, essendo valido il primo matrimonio, il secondo lo sarebbe anche stato senza l'esistenza del primo ".

E il Bertauld (*Quest. préjud.*, n. 103): “ Se il secondo matrimonio, indipendentemente dalla nullità risultante dalla esistenza del primo che costituisce la criminalità, avesse altri vizii, che gli togliessero il carattere di un matrimonio legale, non vi sarebbe bigamia, poichè non vi sarebbe coesistenza di due matrimoni „.

E l'Hoffmann (*Quest. préjud.*, n. 492): “ Noi diciamo che la validità del secondo matrimonio, astrazione fatta dalla coesistenza del primo, è una condizione essenziale del crimine di bigamia, come la validità del primo di questi atti. Infatti se il secondo matrimonio è suscettibile di essere annullato per un qualunque motivo, diverso sempre dalla coesistenza del primo, ed è stato realmente annullato, non vi è più secondo matrimonio, vale a dire, che questo si considera come mai avesse esistito; per conseguenza non può esservi in questo caso reato di bigamia, poichè questo suppone il concorso di due matrimoni „.

Fra gli scrittori italiani il Carrara par che accetti, sebbene in maniera dubitativa, l'opinione degli autori della *Théorie*: “ L'elemento materiale del reato di bigamia, egli dice, sta nella perseveranza di un matrimonio valido e nella perfezione del secondo matrimonio giusta le forme prescritte dalle leggi relative. Se il matrimonio anteriore non era valido, manca il primo degli elementi essenziali del reato, ancorchè siffatta nullità non si conoscesse e si credesse buono l'antecedente; perchè in simili termini sarebbe sempre deficiente la materialità del reato nè varrebbe a supplirla la intenzione per quanto prava e recisamente determinata a delinquere, non ammettendosi delitti putativi. Se poi il secondo matrimonio non fu perfezionato nelle sue forme legittime, sparirà l'altro dei suddetti elementi materiali *e l'azione potrà al più risolversi in un tentativo di bigamia* „ (*Programma*, § 1937).

Il Pessina dice invece al § 163 degli *Elementi*: “ Il secondo matrimonio per costituire il reato debbe avere tutte le condizioni di regolarità formale. Bisogna che

il solo ostacolo alla validità del secondo matrimonio contratto sia il precedente vincolo matrimoniale „.

Il Puglia nella *Rivista penale* (vol. XXV, pag. 212): “ Non è vero scientificamente che supposta vera la nullità del secondo matrimonio non venga escluso il reato; poichè per esservi il reato di bigamia bisogna che il secondo matrimonio sia valido in sè considerato e che non abbia altro ostacolo alla sua validità che il precedente vincolo matrimoniale, onde, se ad esempio il secondo matrimonio non fu contratto con libero consenso, ecc., esso è nullo e non può costituire elemento materiale essenziale del reato di bigamia „. Ma più in là (pag. 219) pare che non voglia comprendere l'impotenza fra le cause di nullità capaci di escludere il reato: “ Se il secondo coniugio è nullo per impotenza del marito, non si ha reato vero di bigamia per i sostenitori della dottrina sulla consumazione contraria a quella da noi seguìta, ma il conato di cosa impossibile a verificarsi, il quale non è certo incriminabile. Per noi, che riteniamo al contrario consumata la bigamia con la celebrazione del secondo matrimonio, è inutile l'ipotesi, perchè l'impotenza è un fatto che riguarda la consumazione del matrimonio, la quale dopo quanto si è detto non può ritenersi circostanza essenziale all'esistenza del reato „.

L'Impallomeni: “ Estremo di questo reato è un secondo matrimonio anch'esso fornito delle condizioni intrinseche ed estrinseche richieste per la validità del matrimonio e che soltanto sia nullo per la esistenza del precedente matrimonio „ (*Il codice penale*, § 621).

E finalmente il Tuozzi nella *Rivista penale* (*Suppl.*, vol. II, pagina 67): “ E anche il secondo matrimonio deve essere regolare, cioè contratto nei modi voluti dalle leggi civili „.

Nonostante tanta prevalenza di opinioni così autorevoli, poichè le ragioni su cui sono fondate o mancano o non persuadono, non sapremmo adottare la massima, se non ci sembrasse implicitamente ma chiaramente adottata dal testo del codice penale. Lo argomentiamo dall'articolo 360, che dispone per la prescrizione

del reato di bigamia. Il corrispondente articolo 341 dell'ultimo progetto diceva: " La prescrizione dell'azione penale per il delitto preveduto nell'articolo precedente decorre dal giorno, in cui uno dei due matrimoni è stato sciolto o dichiarato nullo ". La commissione di revisione propose invece la seguente formola: " La prescrizione dell'azione penale per il delitto preveduto nell'articolo precedente decorre dal giorno in cui è stato sciolto uno dei due matrimoni od è stato dichiarato nullo il secondo per la bigamia ". E nel verbale nº XXIX si legge: " Lucchini (*Relatore*): Espone la ragione, per cui la sottocommissione ha aggiunto le ultime parole: nullo per la bigamia. È chiaro che il reato di bigamia diventa perseguibile quando l'uno o l'altro dei due matrimoni sia sciolto o quando siasi per la bigamia dovuto dichiarare nullo il secondo matrimonio; ed è quindi da questo momento che può cominciare il corso della prescrizione dell'azione penale ". Il ministro accolse la proposta e nella relazione al re aggiunse: " Era sorto il dubbio se la dichiarazione di nullità, da cui si fa decorrere la prescrizione dell'azione penale nell'articolo 360, potesse risguardare il primo matrimonio: *nel qual caso era giusto dire che sarebbe stato privo di ragione e di senso il farne menzione*. Ma come ora è detto espressamente si tratta della nullità del secondo matrimonio a motivo della bigamia; ed in questo caso si comprende la convenienza di far decorrere la prescrizione solo quando le parti siano state poste in grado di esercitare l'azione penale ". Queste ultime parole, assieme a quelle della commissione di revisione: " il reato di bigamia diventa perseguibile, quando l'uno o l'altro dei due matrimoni sia sciolto o ecc. ", non si comprendono; parrebbe alludano ad una pregiudiziale all'azione penale, consistente nella dichiarazione di nullità del secondo matrimonio per bigamia, pregiudiziale che forse sarebbe stato provvido disporre per evitare gran parte degli inconvenienti di cui appresso discorreremo, pregiudiziale che può nella pratica opportunamente essere applicata dal P. M. nei casi in cui la legge civile glie

ne dà facoltà, ma che nessuna legge certamente impone e nessuno scrittore ha mai ritenuto sussistente.

Non è la massima " contra non valentem agere non currit praescriptio „ che giustifica la disposizione dell'art. 360 del codice penale; le parti prima che fosse dichiarato nullo il secondo matrimonio a motivo della bigamia, sempre, fin da quando fu contratto, sono state in grado di esercitare l'azione penale. La qualità di reato continuato secondo il Pessina, di reato permanente, secondo la relazione ministeriale del 1887, è ciò che impedisce il decorso della prescrizione prima che tale continuità o permanenza sia cessata.

Ora, qualunque sia la causa per cui uno dei due matrimoni sia sciolto o annullato, la coesistenza e quindi la permanenza cessa. Perchè allora la legge stabilisce il decorso della prescrizione dallo scioglimento e solo dall'annullamento del secondo matrimonio per la bigamia? Non è possibile altra risposta che questa: perchè per tutti i casi di nullità del primo matrimonio e per tutti i casi di nullità del secondo, meno la bigamia, non esiste il reato, che dà vita all'azione penale. E questo risponde chiaramente la relazione al re con le parole " nel qual caso era giusto dire che sarebbe stato privo di ragione e di senso il farne menzione „; questo si deve per necessità intendere che chiaramente presupponga l'art. 360 del codice penale con la limitazione alla sola bigamia fra le cause di nullità, la cui dichiarazione fa decorrere la prescrizione.

Di fronte adunque al presupposto indiscutibile della legge, alcuna disputa non è più possibile all'interprete e devesi per autorità di testo ritenere, che non l'esistenza soltanto, ma la validità del primo e del secondo matrimonio, astrazion fatta dalla nullità per bigamia, è essenzialmente richiesta come estremo del reato, di cui ci occupiamo.

Ma deve invece il reato ritenersi sussistente quando il primo matrimonio, sebbene affetto da un vizio di nullità, non sia stato dichiarato nullo prima della celebrazione del secondo?

È principio incontroverso in diritto civile, che le nullità stabilite dalla legge per i matrimoni non operano di pieno diritto; debbono essere domandate e pronunziate. Se ne fa non rara ed indiscussa applicazione. Per esempio, nessuno dubita, che, qualora venga a notizia dell'ufficiale di stato civile la preesistenza di un vincolo, egli non possa celebrare un nuovo matrimonio, per quanto il precedente sia affetto dal più chiaro e più grave dei vizi di nullità, senza che questa sia pronunziata dal magistrato. Tutti i diritti nascenti dal matrimonio possono essere esercitati; finchè manca l'annullamento, tutti i doveri dei coniugi e della prole debbono essere adempiuti; è necessario di ricorrere al magistrato perfino per ottenere quella facoltà di separazione personale, che nelle more del giudizio di nullità il giudice può ordinare. La massima *quod nullum est*, *nullum parit effectum* deve intendersi nel senso, che, annullato il matrimonio, sono annullati tutti gli effetti che dal vincolo sono nati, ma non contradice in alcun modo al principio, che il matrimonio nullo non sia, fino a quando tale non venga dichiarato. Notisi che si allude a matrimonio nullo, non a matrimonio inesistente, perchè non può essere annullato ciò che non esiste e il riconoscimento di questa inesistenza non può distruggere rapporti giuridici che mai hanno avuto vita.

Ora, ragionando astrattamente su questi principii di ragion civile, nell'applicarli al reato di bigamia se ne potrebbe dedurre, che colui il quale contrae un secondo matrimonio, quando la nullità del primo non è ancora pronunciata, viola nel momento che agisce diritti perfettamente esistenti e riconosciuti dalla legge, stabilisce la coesistenza di due vincoli giuridici, che è temporanea, ma tuttavia per un dato tempo sussiste. E questo potrebbe bastare per incriminare l'azione, come bastò al legislatore dell'impero germanico, che al § 171 del codice penale dispose: " Una persona coniugata, che contrae un nuovo matrimonio innanzi che il primo sia sciolto, dichiarato non valido o nullo, come una persona celibe, che contrae matri-

monio con una persona coniugata, sapendo che questa è coniugata, è punita con la casa di forza fino a cinque anni „. Ma nè la giurisprudenza francese e belga ammisero tale interpretazione, sebbene i testi non la escludessero, nè il codice italiano accettò il principio suddetto. A parte la relazione così esplicita su questo punto, è evidente che l'espressione usata dall'art. 359 “ legato da valido matrimonio „ esclude ogni possibilità di dubbio. Se il primo matrimonio si fosse trovato già dichiarato nullo al momento in cui si celebrava il secondo, nessun legame avrebbe potuto sussistere, nessun matrimonio avrebbe potuto vincolare; per escludere questa ipotesi dalla incriminazione bastava esprimere il concetto che l'agente fosse legato da matrimonio ossia coniugato; la parola aggiunta vale appunto ad escludere anche l'ipotesi di un matrimonio che sussista e produca un legame, cioè di un matrimonio non ancora annullato, quando questo matrimonio non sia valido.

Anche dunque per precetto di legge si deve ritenere, che, sebbene la nullità sia dichiarata posteriormente alla consumazione del reato e nonostante quindi la coesistenza temporanea dei due vincoli, il fatto non possa essere punito.

Nemmeno potrebbe trovare giustificazione alcuna altra distinzione, per esempio, fra nullità assolute e nullità relative. La fece la corte di cassazione di Francia in quella nota di massima sulle quistioni pregiudiziali estesa dal presidente Barris ed accettata dal Merlin, nella quale al n. 8 si dice: “ La eccezione di nullità relativa, vale a dire che non rientra negli articoli 144, 147, 161, 162 e 163 del codice civile, fosse pure provata, non distruggerebbe punto l'accusa, poichè, se il matrimonio poteva essere sciolto da un giudicato su questa nullità, non era meno valido, fino a che questa dissoluzione fosse pronunziata dai tribunali. Il prevenuto era fino allora vincolato nei legami di un primo matrimonio: il suo secondo matrimonio lo ha dunque reso colpevole del crimine di bigamia, quale è caratterizzato dall'articolo 340 del codice penale „.

Ma, salvo qualche rara eccezione, fu unanime il dissenso degli scrittori da questa massima. E difatti non è possibile vedere per qual motivo l'argomento della corte di cassazione debba essere nell'applicazione ristretto alle sole nullità relative e non anche esteso alle nullità assolute. Le une e le altre non operano che quando sono dichiarate, ma, dichiarate, tanto le une quanto le altre producono gli stessi, identici effetti; se quindi la mancanza di dichiarazione di una nullità relativa autorizza l'incriminabilità della bigamia, non può ritenersi diversamente, se manchi la dichiarazione ad una nullità assoluta. La distinzione esiste per quanto riguarda lo scopo, per cui le nullità sono comminate: pubblico, sociale nelle seconde, privato, individuale nelle prime; per quanto riguarda per conseguenza le persone che possono domandarle; ma in ordine al momento, in cui cominciano ad agire e in ordine agli effetti che ne nascono, se nullità son queste e nullità son quelle, nessun divario è possibile ammettere, perchè nessuno sorge dalla natura loro e nessuno dalla legge.

Ma l'indagine diventa per noi gravissima, quando si tratta di risolvere la questione, se, presentata al giudice penale un'accusa di bigamia, possa questi ritenere insussistente il reato prima che la nullità del primo o del secondo matrimonio sia pronunciata. Abbiamo ritenuto che la nullità del primo o del secondo matrimonio, assoluta o relativa che sia, esclude il reato; abbiamo visto che il nostro codice penale ha accolta la teoria, che la nullità del primo matrimonio valga a discriminare, anche quando sia pronunciata dopo la celebrazione del secondo; ora si tratta di esaminare se una nullità sussistente, ma non pronunciata dal magistrato, possa anche bastare per assolvere dal reato di bigamia; se in altri termini il giudice penale, per sentenziare tale assoluzione, abbia bisogno di trovarsi di fronte ad un matrimonio annullato o gli basti riconoscere, che uno dei due matrimoni è annullabile. La quistione è della più alta importanza, anche perchè si connette evidentemente alla celebre contesa sulla

competenza del giudice penale a conoscere della eccezione di nullità opposta dall'accusato, contesa che affaticava grandemente e lungamente i più forti giureconsulti in Francia e nel Belgio e che si è riprodotta anche recentemente fra gli scrittori italiani.

Ritorniamo sul principio generale che regola i rapporti civili: nessuna nullità agisce *ope legis* in materia matrimoniale; tutte, dichiarate, hanno effetto retroattivo; vale a dire che un matrimonio, purchè esista, si presume valido, finchè non è dichiarato nullo e si presume valido, non come una vuota astrazione teorica, ma per tutti gli effetti, che da quella presunzione possono derivare, parificata come ogni verità legale ad una provata verità di fatto. Abbiamo detto “ purchè esista „ e rimandiamo a quanto innanzi abbiamo accennato sulla inesistenza del matrimonio o meglio a quanto nettamente hanno stabilito lo Zachariae ed il Laurent, che compendiano nella diversità dei sessi, nella esistenza del consenso, a parte ogni mancanza di libertà, e nella celebrazione avanti all'uffiziale di stato civile le tre sole condizioni richieste, perchè un matrimonio possa ritenersi esistente. Ciò posto, a noi non spetta discutere l'esattezza di questo principio, d'altronde in materia civile incontroverso; tutto il capo VI del titolo V del codice civile lo stabilisce in maniera indiscutibile dalla intestazione “ delle domande per nullità „ fino a tutte le sue disposizioni dirette o a stabilire le persone da cui la impugnativa può partire, o a determinare le condizioni, alle quali questa facoltà è concessa o a permettere al magistrato di dare per le more del giudizio provvedimenti eccezionali in contraddizione agli obblighi derivanti dal vincolo; imperocchè tutti i tre ordini di disposizioni, facoltà d'impugnativa, condizioni di tale facoltà e provvedimenti di temporanea liberazione dagli obblighi coniugali, escludono chiaramente il concetto che alcuna delle nullità operi di pieno diritto senza la dichiarazione del magistrato.

Abbiamo fatto cenno di alcuna delle applicazioni di questo principio; molte altre se ne potrebbero mento-

vare; certo esso è riconosciuto anche dall'art. 113 del nostro codice civile corrispondente in gran parte all'art. 189 del codice civile francese; tali disposizioni ne temperano soltanto il rigore delle conseguenze. Coesistono due vincoli matrimoniali, entrambi si presumono validi, finchè di alcuno di essi non si pronunzi la nullità; impugnato il secondo per l'esistenza del primo e non impugnata la validità del primo, che cosa il giudice deve fare? Pronunziare la nullità del secondo; e deve pronunziarla, quando pure riconosca esistente, ma non dedotto, un vizio di nullità nel primo matrimonio. Se invece questo vizio è dedotto, può il giudice adìto per pronunziare sulla sola nullità del secondo matrimonio giudicare della eccezione in via incidentale? Ove si trattasse solamente di verificare la qualità dell'attore ed ove bastasse soltanto la sussistenza del vizio di nullità del primo matrimonio per giudicare valido il secondo, lo potrebbe evidentemente. Ma si tratta invece di giudicare sulla sufficienza del motivo di nullità del secondo matrimonio e questo motivo non è sufficiente, finchè la nullità del primo non è pronunziata; ora poichè il giudice civile è chiamato in via di eccezione a pronunziare questa nullità e non può farlo se non in via principale, con l'intervento in giudizio delle persone, che vi hanno interesse, la conseguenza rigorosa del principio porterebbe al dovere del giudice di respingere l'eccezione, perchè irritualmente opposta. Tuttavia, trovandosi il primo matrimonio impugnato da chi ha diritto di impugnarlo e innanzi al giudice civile che è il giudice competente a pronunziare e solo difettando le forme di rito, la legge ha voluto che l'opposizione fosse preliminarmente regolarizzata e discussa. E lo ha voluto per evitare in parte la possibilità che il secondo matrimonio sia dichiarato nullo per l'esistenza del primo e che in seguito possa anche il primo esser dichiarato nullo a sua volta. In parte soltanto, perchè, qualora la validità del primo matrimonio fosse impugnata dopo pronunziata la nullità del secondo, questa conseguenza non sarebbe evitata. Ed in essa non sussiste alcuna

contraddizione, come apparentemente potrebbe sembrare, perchè a rigor di principii entrambi i matrimoni sono nulli, il primo per il vizio che lo affetta, il secondo perchè contratto quando il vincolo derivante dal primo era tuttora sussistente. In altri termini la legge che ha voluto nei limiti del possibile favorire la validità dei matrimoni, ha riconosciuto che entrambi i matrimoni potrebbero essere annullati e quindi ha riconosciuto il principio che il matrimonio di cui non è dichiarata la nullità produce vincolo come ogni altro matrimonio valido; ma ha disposta in alcuni casi soltanto una pregiudiziale, appunto per dare il mezzo di evitare con l'effetto retroattivo della dichiarazione di nullità del primo matrimonio la nullità del secondo. In presenza di una impugnativa del primo matrimonio si è ordinato di sospendere la pronunzia di nullità del secondo. Perchè? Si guardi al caso, in cui fosse opposta non la nullità ma l'inesistenza del primo matrimonio. Si farebbe luogo a sospensione? Non certo e il giudice chiamato a provvedere sul secondo matrimonio sarebbe competente a stabilire l'esistenza del primo. Ora, salve le eccezioni espresse dalla legge, non v'è differenza fra matrimonio inesistente e matrimonio annullato; ve n'è soltanto fra matrimonio inesistente e matrimonio annullabile ed è appunto che quest'ultimo è valido, finchè non è annullato. Se dunque la sospensione è disposta, quando si impugna la validità e non quando si impugna l'esistenza, vuol dire che il precetto di legge, che dispone la sospensione, riconosce il principio che stabilisce la differenza fra matrimonio inesistente e matrimonio annullabile, cioè che il matrimonio è valido, finchè non è annullato.

E per riassumerci e conchiudere: gli art. 189 del codice francese e 113 del codice italiano, secondo il nostro avviso, dicono questo: il primo matrimonio è valido, finchè non è annullato, quindi il secondo matrimonio è nullo, quando è contratto avanti che sia pronunziata la nullità del primo; ma la nullità del secondo non può essere pronunziata ad istanza del coniuge, quando è opposta la nullità del primo e si

intende sanata, quando questa ultima nullità è pronunziata. Siamo di fronte quasi ad una sanatoria di nullità come tante altre e la sanatoria presuppone la nullità e la nullità presuppone il principio, che sosteniamo riconosciuto dalle dette disposizioni di legge.

Or se questa è la regola nei rapporti civili, perchè non dovrebbe trovare completa applicazione nei rapporti penali? Siamo partigiani della più completa indipendenza possibile fra le due giurisdizioni, non ci spaventiamo di quella possibile contrarietà di giudicati, che suol mettere tanto terrore nell'animo dei giuristi, crediamo che sia scandalo assai più deplorevole condannare un individuo, quando si crede mancare un elemento del reato, sol perchè questo elemento è stato giudicato in altra sede esistente, che assolvere in contraddizione di questo giudicato; ci uniamo ben volentieri ai sostenitori della dottrina, che lascia al giudice penale la maggiore facoltà di esame, ma d'altra parte non è possibile disconoscere, che alcuna volta i reati sussistono per violazione di rapporti giuridici determinati da un giudicato civile e alcun'altra al contrario il reato esula in virtù di un rapporto giuridico egualmente stabilito da un giudicato civile. Tale ci sembra il caso che esaminiamo. Finchè il matrimonio non è annullato, è valido, dice la legge civile. E dove, se non in questa legge, può il giudice penale ricercare le condizioni per ritenere valido il matrimonio? Qui non si tratta di un giudicato civile, che ha influenza come pregiudiziale sul giudicato penale, si tratta di uno degli elementi del reato, la validità dei matrimoni contratti, che sussiste sempre e soltanto, fino a che il giudice civile non ne abbia pronunziata la nullità. Per ritenere un reato di bigamia deve il giudice penale indubbiamente ritenere che due matrimoni abbiano avuto coesistenza: e per tale coesistenza è condizione necessaria e sufficiente, che nessuno dei due matrimoni si trovi annullato al momento che giudica, a parte sempre l'annullamento per bigamia. Condizione necessaria, perchè, come innanzi abbiamo visto, in virtù dell'effetto retroattivo della dichiarazione di

nullità, la legge penale vuole che il reato esuli, anche quando la dichiarazione sia stata posteriore alla celebrazione del secondo matrimonio e quindi anche quando in fatto la coesistenza abbia avuto luogo temporaneamente. Condizione sufficiente, perchè ciò che non è nullo è valido e deve quindi la mancanza dei requisiti della nullità sempre bastare a determinare quelli della validità. Nella specie che esaminiamo, quale è la condizione della nullità? la dichiarazione del giudice; quale deve essere la condizione della validità? la mancanza di questa dichiarazione. E nessun'altra se ne può richiedere, ammessa beninteso l'esistenza del matrimonio, perchè nessun principio di ragione, nessuna parola della legge impone di soffermarsi a considerare se la condizione nel momento sussistente possa in seguito venir meno per effetto di un posteriore annullamento. Non è quindi il giudice penale, che deve vagliare se concorrono le condizioni volute dalla legge per annullare un matrimonio, perchè non è il giudice penale che può annullare un matrimonio; unico esame, che rientra nella sua competenza, è l'indagine di fatto diretta ad assodare se alcuno dei due matrimoni è stato dichiarato nullo. Nell'affermativa mancherà uno degli elementi del reato, nella negativa tutti concorreranno.

Ma nel caso che, sebbene non annullato il matrimonio, sia impugnato innanzi al giudice penale, dovrà questi sospendere di giudicare e rinviare la decisione dell'eccezione al giudice civile?

È noto che nella dottrina francese e belga tre sistemi si divisero il campo.

La maggior parte dei giureconsulti ritenne il giudice penale competente a statuire sulle eccezioni di nullità opposte al secondo matrimonio, ma incompetente invece a giudicare delle eccezioni stesse opposte al primo matrimonio. Così Toullier, *Du mariage*, t. I, nn. 530 e 637 (ed. belga, 1829); Duranton, *Du mariage*, t. I, nn. 731 e 733 (ed. belga, 1841); Merlin, *Rép.*, v. *Bigamie*, n. 2 e *Quest. de droit*, allo stesso vocabolo, § 2, n. 2; Bourguignon, *Jurisp. des codes crim.*, sul-

l'art. 3, e *Instr. crim.*, n. 5; MANGIN, *Action publique*, etc., nn. 193 e 194; LE SELLYER, nn. 1524 e 1525; ACH. MORIN, *Rép.*, v.° *Bigamie*, n. 10, e v.° *Quest. préjud.*, nn. 15 e 16; CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie*, nn. 2934 e 2939 (ed. Nypels); DALLOZ, *Rép.*, 2ª ed., v.° *Bigamie*, nn. 33 e seguenti. La corte di cassazione di Francia, oltre che con la nota di massima del 5 novembre 1813 a cui abbiamo già accennato e salva la sottodistinzione in essa contemplata, si attenne generalmente allo stesso sistema prevalente, siccome risulta dalle sentenze riportate dal DALLOZ, *Rép.*, v.° *Bigamie*, nn. 12, 16, 36, 47.

In ordine alla nullità del secondo matrimonio regna sui motivi un accordo quasi generale. Si dice che trattasi di una quistione di diritto civile, che si presenta incidentalmente in un giudizio penale; che i giudici penali competenti a pronunziare sui reati hanno essenzialmente competenza per pronunziare su tutte le materie accessorie ed incidenti, che vi si rannodano e che non sono eccettuate dalla legge; che essi sono egualmente competenti a pronunziare sulle questioni che nascono dalla istruzione e dalla difesa delle parti, quando queste quistioni debbono modificare o aggravare il carattere del fatto o della pena di cui può essere suscettibile, sebbene fossero per loro istituzione incompetenti a pronunziare su quelle stesse quistioni di diritto considerate in maniera principale indipendentemente dal fatto delittuoso; si aggiunge che il secondo matrimonio, contratto avanti lo scioglimento del primo, costituisce il reato stesso di bigamia, che come tale è sottoposto, con tutti gli elementi di cui si compone, all'apprezzamento del giudice penale; in altri termini, che il secondo matrimonio, costituendo il fatto stesso, sul quale si fonda l'accusa di bigamia e l'eccezione dell'accusato tendendo a distruggere questo fatto, la giurisdizione repressiva deve necessariamente conoscerne. Soli gli autori della *Théorie* respingono tali argomenti e ritengono, come abbiamo innanzi accennato, che per le nullità del secondo matrimonio non possa aprirsi adito ad un'eccezione pre-

giudiziale, perchè, anche ammessa la nullità, resterebbe punibile un tentativo di bigamia.

Ma in ordine ai motivi dell'incompetenza del giudice penale a pronunziare sulla eccezione di nullità del primo matrimonio non regna il medesimo accordo. Il Merlin si fonda principalmente sulle seguenti ragioni: che non è punto in questo matrimonio che sta il reato e quindi il giudice penale è incompetente a vagliare l'eccezione che lo riguarda; che un principio generale riconosce, che sempre quando l'accusato oppone per sua difesa un fatto o un atto puramente civile, che, supposto vero, distrugge ogni idea di reato e sul quale si elevano contestazioni, il giudice penale non può pronunziare nè su questo fatto nè su questo atto e deve rinviarne la cognizione al giudice civile, secondo provvede la legge, per esempio, per le contravvenzioni forestali. Ma questi argomenti non soddisfano il Mangin, che cita contro il primo la giurisprudenza costante e generalmente accettata in ordine alla competenza del giudice penale a conoscere sulla validità di un'adozione in un'accusa di parricidio e osserva che nemmeno in quei casi il reato sta nell'adozione e d'altronde è certo che il secondo matrimonio non è un reato, che a causa della esistenza del primo. Contro il secondo argomento contesta la esattezza del principio con i concetti espressi dallo stesso Merlin in materia di soppressioni di titoli ed impugna la facoltà di estensione del provvedimento eccezionale disposto per le contravvenzioni forestali. Il Mangin crede ciò nonostante poter giungere per altra via alle stesse conclusioni. Riportiamo integralmente la sua argomentazione, perchè ad essa si uniformarono tutti coloro che scrissero dopo di lui negli stessi sensi: " Il codice civile all'art. 188 dispone: L'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage peut en demander la nullité, du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui ". E all'art. 189: " Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être préalablement jugée ". M. Portalis ha detto, esponendo al corpo legislativo i

motivi di questi articoli: “ Nel concorso di due matrimoni, se il coniuge abbandonato può attaccare il secondo come nullo, coloro che hanno contratto questo secondo matrimonio possono egualmente eccepire la nullità del primo: ciò che è nullo non produce alcun effetto. Un primo matrimonio non validamente contratto non può dunque motivare la cassazione di un secondo matrimonio valido; conseguentemente la quistione elevata sulla validità del primo matrimonio sospende necessariamente la sorte del secondo. Questa quistione è preliminare e bisogna risolverla innanzitutto „. Dicendo che la validità o la nullità del primo matrimonio deve essere giudicata preliminarmente, l'articolo 189 del codice civile fa intendere chiaramente, che si tratta di una di quelle eccezioni che si connettono all'istanza principale e sulle quali il giudice deve pronunziare nello stesso tempo che statuisce sul fondo, ma di una eccezione pregiudiziale principale, che deve formare obbietto di un'istanza separata e di cui il giudizio deve precedere necessariamente la decisione sulla validità del secondo matrimonio. E le spiegazioni date dal Portalis finiscono di dimostrare che tale è il voto della legge. Cosicchè il giudice civile, impossessato della domanda di nullità, formata dallo sposo, in pregiudizio del quale è stato contratto un secondo matrimonio, o da qualunque altra parte, non può statuire sulla nullità che i nuovi coniugi oppongono al primo matrimonio; deve anzi soprassedere da pronunziare sul secondo e fissare a questi coniugi un termine per far giudicare la loro eccezione dal tribunale competente. Ora, se il giudice penale può conoscere di quistioni di diritto civile, è negli stessi limiti di competenza e sotto le stesse condizioni del giudice civile; se questi deve astenersi da statuire sull'eccezione, che non può essere decisa se non per via di una domanda principale, il giudice penale deve procedere con le stesse regole e pronunziare lo stesso rinvio. La giurisdizione penale non può conoscere delle quistioni di diritto civile, che incidentalmente alle processure di cui è impossessata e mai per via di azione principale;

e poichè la nullità o la validità del primo matrimonio non può essere l'obbietto di un incidente, sul quale possa pronunciare nello stesso tempo che sull'accusa di bigamia, è evidente che sfugge alla sua competenza e che rientra nel dominio dei tribunali civili; quindi non si può a meno di soprassedere al giudizio sull'azione pubblica, fino a che questi tribunali abbiano definitivamente pronunziato „.

Non riportiamo l'argomento tratto pure dall'articolo 357 del codice penale francese, perchè non troverebbe analogia nelle nostre leggi.

La trova invece l'argomento dagli art. 188 e 189 del codice civile, che ha un eguale fondamento nel nostro art. 113: “ Il coniuge può in qualunque tempo impugnare il matrimonio dell'altro coniuge; se viene opposta la nullità del primo matrimonio, tale opposizione dovrà essere preventivamente giudicata „.

Un secondo sistema, che accorda competenza in tutti i casi al giudice penale, è principalmente fondato sulla regola che il giudice dell'azione è nello stesso tempo giudice dell'eccezione; per conseguenza la giurisdizione penale impossessata della cognizione di un reato, quale per esempio la bigamia, è per questo stesso competente ad esaminare tutti gli elementi di questo reato e a pronunziare su tutte le eccezioni proposte come mezzi di difesa dall'accusato, specialmente sulla validità del matrimonio attaccato, la quale costituisce una condizione essenziale del reato di bigamia; questa regola, si dice, non è soggetta ad eccezione, che nei casi espressamente preveduti dalla legge e lungi da esservi un'eccezione disposta dal legislatore alla competenza del giudice penale, quando si tratta della contestazione relativa allo stato di coniuge, come ne è stata introdotta una dagli art. 326 e 327 del codice civile per la filiazione, l'art. 198 dello stesso codice attribuisce al contrario formalmente competenza ai tribunali criminali per riconoscere e constatare la esistenza di un matrimonio con tutti gli effetti civili, che lo stesso atto di matrimonio avrebbe potuto produrre.

Questo sistema è adottato da Demolombe, *De la paternité*, etc.,n.276; Haus, *Droit criminel*, nn. 510, 511; Bonnier, *Traité des preuves*, n. 157 e dal Bertauld, *Quest. préjud.*, n. 86, che così si esprime: " Un colpevole è tradotto innanzi alla corte di assise sotto l'accusa del crimine di bigamia; egli sostiene che il matrimonio, a pregiudizio del quale gli si rimprovera di aver contratto un nuovo matrimonio, è affetto da una nullità, che ha il diritto di opporre. Se questa nullità esiste, sia assoluta e sia relativa, purchè non sia stabilita nell'interesse di un terzo o alcuna ragione di inammissibilità non la respinga, esclude la colpabilità; la cognizione di questa eccezione non potrebbe essere rinviata innanzi alla giurisdizione civile: da una parte la giurisdizione repressiva non è incompetente per statuire sulla esistenza e sulla validità di un matrimonio (art. 198 cod. civ.); dall'altra i motivi che hanno dettato gli art. 182 del codice forestale e 59 della legge 15 aprile 1829 non sono applicabili. Non si tratta più di uno di quei reati che non interessano la società in maniera diretta e non ledono che diritti, di cui i privati hanno libera disposizione.

" Non è che nelle materie, nelle quali si potrebbe applicare il broccardo: *Judiciis quasi contrahimus*, che la giurisdizione repressiva consente a trarre il diritto dalla decisione della giurisdizione civile.

" Vanamente si oppone l'art. 189 del codice Napoleone. L'art. 189 non può essere staccato dall'art. 188 e queste disposizioni sono molto facili a spiegare: quando vi è una vera rivendicazione di coniuge, la prima cosa a fare è di verificare la qualità del revindicante; ma innanzi alla giustizia repressiva la qualità dell'agente essendo fuori controversia, non si tratta che di statuire sulla esistenza del crimine di bigamia, vale a dire sulla esistenza di un crimine, che suppone come condizione essenziale un matrimonio valido, di cui il matrimonio susseguente sarebbe la violazione e pertanto non si può separare l'esame di questa condizione dalla quistione di colpabilità. Vi sarebbe pericolo a trasportare l'art. 189 del codice civile, di cui

l'art. 188 determina la portata, in una materia, per la quale non è stato scritto.

" Io non saprei accettare la teoria della corte di cassazione, che deferisce alla giurisdizione civile l'apprezzamento del primo matrimonio e lascia solo alla giurisdizione penale la cura di esaminare se il nuovo matrimonio, cessando l'esistenza del primo, sarebbe valido. Ciò vale scindere senza motivo di testo, senza motivo di ragione una quistione di colpabilità, che richiede un giudice unico.

" La validità del primo matrimonio, essendo una delle condizioni del crimine di bigamia, sulla esistenza del quale il giurì è interrogato, non è alla corte, ma ai giudici del fatto che spetta conoscerne. Che importa si dica, che il giurì non è sempre atto a risolvere quistioni, che si complicano di difficoltà giuridiche? La obbiezione, a prescindere che non ha valore legale, dimentica che tutti i giorni i giurati debbono apprezzare quistioni egualmente ardue e specialmente in materia di tentativo o in materia di falso ".

Dobbiamo anche qui osservare che l'argomento tratto dall'art. 198 del codice civile trova perfetto riscontro nell'art. 122 del nostro, che dice: " Se la prova della legale celebrazione del matrimonio è fondata sul risultato d'un processo penale, l'iscrizione della sentenza nel registro dello stato civile assicura al matrimonio dal giorno della sua celebrazione tutti gli effetti civili riguardo tanto ai coniugi quanto ai figli ". Egualmente la critica all'analogia con le disposizioni del codice forestale è perfettamente applicabile alla analogia con l'art. 33 del nostro codice di procedura penale, che pure contempla diritti patrimoniali e ha lo stesso attributo di provvedimento eccezionale.

Finalmente un terzo sistema nega competenza al giudice penale per statuire tanto sulle nullità opposte al primo matrimonio quanto su quelle opposte al secondo. Questo sistema è adottato da Carnot (*Istr. crim.*, art. 1°), da Trébutien (t. II, pag. 96 e seguenti) e da Hoffmann (*Quest. préjud.*, t. II, pag. 454 e segg.). Quest'ultimo autore incomincia dal combattere le opi-

nioni contrarie; oppone al Bertauld e agli altri, che si servono dello stesso argomento tratto dall'art. 198 del codice civile, che non bisogna dimenticare la distinzione fra l'esistenza e la validità del matrimonio; ora il citato articolo stabilisce la competenza del giudice penale a pronunziare non sulla validità, ma sulla esistenza e questa, come semplice quistione di fatto, diretta a constatare, se un matrimonio è stato o no celebrato avanti all'ufficiale di stato civile, è cosa ben diversa dalle quistioni, nelle quali si tratta di decidere, per esempio, che le pubblicazioni sono state fatte legalmente, che il consenso non fu viziato, che l'atto rispettoso fu perfetto nella forma e nella sostanza, che non vi era impedimento legale al matrimonio, che l'uno o l'altro dei coniugi aveva secondo il suo statuto personale l'età richiesta o infine che un primo matrimonio era o non era sciolto secondo tale legge o tal principio di diritto. Queste sono pure quistioni di diritto civile, che non hanno alcuna analogia con la quistione di fatto relativa alla esistenza di un atto di celebrazione di matrimonio ed è impossibile, che quelle, le quali il più spesso sollevano serie difficoltà e non possono essere risolute, che a seguito di una lunga procedura, siano state abbandonate dal legislatore alla decisione dei tribunali, che non sono punto organizzati per risolverle. E contro l'altro argomento tratto dalla massima, che il giudice dell'azione è anche giudice della eccezione, l'Hoffmann, pur questa accettando, la limita ai casi in cui un testo di legge non le sia contrario. E come trattando delle quistioni di filiazione, per escludere che il giudice penale possa anche incidentalmente pronunziarvi, invocava l'articolo 326 del codice civile, così nella quistione attuale afferma che l'applicazione di questa regola è incompatibile con le leggi sulla organizzazione giudiziaria. Indi lascia la parola al Trébutien per stabilire la necessità di una deroga alla suddetta regola: " Chi ben guardi alle disposizioni testuali deve pur riconoscere, che nessuno finora ha risoluto la quistione od anche si è proposto di risolverla. Infatti si dice e con ragione

che non vi ha alcun articolo, il quale prescriva od autorizzi il rinvio ai tribunali civili, nè l'art. 189 del cod. nap. (113 cod. civ. it.) è in alcuna maniera decisivo, potendosi impunemente sostenere, che esso regoli una quistione relativa solo all'ordine della procedura e nulla prescriva sulla necessità del rinvio. Ma d'altra parte non si ha minor ragione nel dire la regola che il giudice dell'azione è del pari giudice dell'eccezione, non risultare da alcuna disposizione generale ed indarno invocarsi il testo dell'articolo 198 codice Napoleone (122 codice civile italiano) siccome costituente un principio assoluto ed un'attribuzione generale di competenza ai giudici penali, poichè questo articolo non contiene che una disposizione speciale, la quale razionalmente si giustifica appieno, ma da cui però nè per induzione nè per analogia bisogna trarre una norma per il caso, in cui, invece di una quistione di fatto si debba risolvere una quistione di diritto. E però si deve pur concedere che, se la regola il giudice dell'azione esser pure dell'eccezione si applica di frequente nel diritto nostro, tuttavia non è che un principio razionale, ammesso in vista della sua pratica utilità, ma che si ha il diritto di repellere, quando i vantaggi che ne risultano non sostengano il confronto degli inconvenienti in alcuni casi speciali.

“ La discussione adunque, a nostra sentenza, deve affatto distrigarsi dal testo della legge, e librarsi interamente nel campo dei principii, ove la quistione pare che si riduca tutta a sapere se l'organizzazione dei tribunali penali non sia di ostacolo assoluto, perchè giudicassero delle quistioni pregiudiziali sullo stato delle persone e precipuamente di quella sulla validità di un matrimonio. Ora noi siamo convinti di questa impossibilità e se giungeremo a dimostrarla, dovrà decidersi la difficoltà così perentoriamente, come suole un testo di legge. Suppongasi adunque che il bigamo eccepisca la nullità del primo matrimonio (e proveremo ben tosto, che, secondo la logica, non deve porsi alcuna differenza tra il caso del primo e del secondo matrimonio, ma l'ipotesi sotto l'aspetto

indicato convince più), e cerchisi di applicare il sistema, secondo il quale la giurisdizione penale deve statuire, serbando però le regole del diritto civile. Qui si offre una prima difficoltà, poichè la giurisdizione è divisa tra la corte di assise propriamente detta, ed il giurì; chi deciderà la quistione pregiudiziale? Se la corte di assise, allora si potrà interamente esser certi che essa applicherà le regole del diritto civile, poichè profferirà una sentenza ragionata; nondimeno il suo pronunziato sarebbe in prima ed ultima istanza, l'accusato si troverebbe defraudato della garentìa del doppio grado di giurisdizione, che avrebbe in linea civile e della garentia di una decisione resa in udienza solenne in seconda istanza, ed invece di tutto ciò, nella via penale, tre soli giudici statuirebbero sulla quistione in prima ed ultima istanza! Tuttavia, se l'accusato è condannato, secondo l'opinione più accettata, la qualità attribuitagli dalla sentenza penale sarebbe per lui incancellabile. È questa una prima osservazione, di cui difficilmente potrebbe negarsi l'importanza. Inoltre, poichè la corte deve applicare le regole del diritto civile, se la quistione di validità di un matrimonio richieda una istruzione lunga ed accurata, come per esempio, delle inchieste, è impossibile, che il giurì rimanga in permanenza, sino a che l'istruzione non venga compiuta. Nè si potrà rinviare la causa alla prossima sessione, poichè allora vi sarà una corte novella diversa da quella che decise sull'incidente; ed in ogni caso, eccetto che non si voglia cadere in un circolo vizioso, bisognerebbe che la quistione pregiudiziale si esaurisse prima dell'apertura della nuova sessione. Sarebbe dunque mestieri, che la corte d'assise, innanzi a cui l'incidente è sotto, potesse ancora menarlo a termine; e per conseguenza attendesse che tutti gli affari della sessione fossero espletati, per poi costituirsi a tempo indefinito come tribunale civile e decidere sulla quistione pregiudiziale, il che certamente è contrario a tutti i principii intorno alla organizzazione della corte di assise. E però vi è una opinione più logica e schietta, che deferisce al giurì la conoscenza e

la soluzione della quistione pregiudiziale; e ciò è conseguente, perocchè in caso di bigamia la validità di ambidue i matrimoni è una condizione costitutiva della criminosità e non altri, che il giurì deve decidere della quistione di colpabilità. Qui però le obbiezioni crescono: si conviene che la quistione della validità di un matrimonio debba decidersi secondo le regole del diritto civile; ma si dice innanzi tutto, il giurì ignora il diritto civile e non potrebbe applicare un diritto che non sa; inoltre esso non è tenuto di ragionare il suo verdetto, sicchè non si potrebbe mai sapere secondo quali principii abbia pronunziato. Il buon senso consiglia, che la quistione, al contrario, si debba risolvere in via preliminare e l'art. 189 del cod. nap. non ha fatto altro che attuare questo precetto di buon senso; ma il giurì non può compiere siffatto esame preliminare. Ad esso non viene proposta, nè si potrebbe altro proporre, a pena di nullità, che una sola quistione, se cioè l'accusato sia oppur no colpevole di bigamia; sicchè i giurati risolverebbero una quistione di diritto, senza che neppure potesse venir loro proposta!

" E se i giurati riconosceranno la necessità d'una interlocutoria, perchè si mostra evidente il bisogno di una istruzione, che cosa potranno mai fare? Certo non domandarla, poichè non altro possono che rispondere sì o no alla quistione di colpabilità. Non pare da ciò evidente che le regole intorno alla organizzazione della corte di assise e della procedura che vi si segue, facciano impossibile a queste giurisdizioni l'esame e la decisione delle quistioni pregiudiziali sullo stato delle persone e le rendano assolutamente incompetenti *ratione materiae?* La medesima impossibilità si incontra per le giurisdizioni correzionali quantunque meno rilevante. In effetto, sebbene i tribunali correzionali sieno permanenti, offrano due gradi di giurisdizione ed i giudici in primo grado siano gli stessi che nel civile, non è men vero, che in appello non si avrà la guarentigia della solenne udienza, nè tutte le sicurezze del procedimento civile e che finalmente non si

potranno costringere le parti interessate, all'infuori del colpevole, ad intervenirvi „.

Anche qui è nostro debito osservare, che quasi tutti gli stessi inconvenienti lamentati si potrebbero opporre per la nostra organizzazione giudiziaria; nè varrebbe in contrario obbiettare, che la bigamia è divenuta reato di competenza del tribunale, perchè ciò non ostante può essere per connessità portata al giudizio della corte di assise, che anzi ciò avviene assai di sovente per il frequente concorso col falso in atti di stato civile, che è reato di competenza della corte di assise.

In Italia il Pessina tacque sulla quistione in materia di bigamia, ma trattando dell'adulterio disse: “ La dimanda di nullità del matrimonio istituita, sia prima dell'adulterio, sia prima che ne sia data querela, sia dopo che la medesima fu prodotta, sospende il procedimento penale di adulterio, finchè la quistione della legittimità del matrimonio non sia risoluta definitivamente ed irrevocabilmente: — Maritum oportet probare ut ei sit uxor „ (*Elem.*, vol. II, pag. 312).

Il Lucchini invece, trattando della medesima materia nel Digesto Italiano (V° *Adulterio*, n. 275) così si esprime: “ Tanto il coniuge querelato quanto il suo correo possono eccepire la nullità del matrimonio, provata la quale, viene a mancare uno degli estremi essenziali del reato. Si domanda se una siffatta quistione debba costituire una vera e propria pregiudiziale, nel senso di obbligare il giudice penale a sospendere e rinviare le parti innanzi al giudice civile, onde procurarne la soluzione. In Francia e nel Belgio le opinioni si sono divise: quali propugnando l'affermativa, a cui pare inclini anche la cassazione francese e ritenendo applicabile al caso, come principio generale, la disposizione dell'art. 326 o quanto meno quella dell'art. 189 del codice Napoleone; quali invece dichiarandosi per la negativa, ritenendo esclusivamente applicabile alla quistione di stato di figlio l'art. 326 e inapplicabile affatto l'art. 189, sulla base dello stretto rigore, con cui devono riceversi le disposizioni eccezionali.

“ Per noi tornerebbe oziosa ogni quistione, essendo troppo esplicito il dettato dell'art. 32 cod. di procedura penale, che spiega appunto nel modo più rigoroso la portata dell'art. 326 cod. nap. L'eccezione di nullità del matrimonio costituirà dunque una pregiudiziale nel senso soltanto, che, dedotta, sarà còmpito del giudice penale trattarla come soggetto di un incidente da risolversi prima di entrare nel merito della causa „.

E sempre in materia di adulterio il Carrara scrive (§ 1883): “ Essendo estremo indispensabile all'accusa di adulterio che la donna sia congiunta in legittimo matrimonio, la conseguenza che ne discende si è che, qualora la querelata istituisca giudizio apposito dinnanzi ai competenti tribunali per far dichiarare nullo il suo matrimonio, l'accusa deve restare sospesa fino al termine di codesto giudizio; e deve cadere quando il matrimonio sia definitivamente dichiarato nullo „.

Ma i tre sistemi propugnati dalla dottrina francese e belga divisero più recentemente anche gli scrittori italiani. Diffatti il Puglia nella monografia citata ritiene competente il solo giudice civile per le nullità tanto del primo quanto del secondo matrimonio. L'Impallomeni nel suo trattato dice invece: “ Dedotta la nullità del matrimonio anteriormente celebrato, la controversia deve rimandarsi alla decisione del magistrato civile. E il motivo è, secondo noi, quello stesso che abbiamo detto a proposito dell'adulterio, perchè, cioè, trattasi di una quistione di stato, la quale deve essere risoluta in via principale con giudicato valevole *erga omnes* e per tutti gli effetti civili e penali, ciò che non avviene in una risoluzione fatta in via incidentale dal giudice penale. Salvo, bene inteso, che il giudice penale riconosca, *prima facie*, senza fondamento la eccezione di nullità „ (*Il cod. pen. illustr.*, pag. 118). E in una lettera al direttore della *Rivista penale* (*Suppl.*, vol. II, pag. 189) aggiunge: “ Io ho bensì sostenuto che il giudice civile sia il magistrato competente a giudicare della eccezione di nullità del primo

matrimonio, ma quanto alla legalità del secondo matrimonio ho ritenuto in dissenso col Puglia e d'accordo col Merlin esclusivamente competente il giudice penale „.

Finalmente il Tuozzi nella citata monografia: " Ma chi deciderà della validità del primo e della legalità del secondo matrimonio? Ecco una quistione, la quale va risoluta facilmente con la massima procedurale, che il giudice dell'azione è anche il giudice della eccezione: tocca quindi al magistrato penale decidere sulla essenza dei due matrimoni. D'altronde l'eccezione stabilita dall'articolo 32 del nostro codice di procedura penale riguarda solamente i delitti di soppressione di stato degli infanti; e le quistioni quasi pregiudiziali indicate dal susseguente articolo 33 procedura penale riflettono solamente i reati che attaccano i diritti reali. Dunque non v'ha alcun dubbio, che debba provvedere il magistrato penale su tutte le quistioni, che possono insorgere nell'esame di un delitto di bigamia „.

E ci asteniamo dal riassumere quanto il Tuozzi nell'ardore della polemica con l'Impallomeni si lasciò sfuggire, accusando quest'ultimo di invocare in suo vantaggio autorità di scrittori senza tener presenti le ragioni e le disposizioni di legge con le quali questi avevano discettato, mentre invoca a sua volta l'Hélie come trionfante nel confutare l'opinione del Merlin e del Mangin, non molto precisi su questo punto, ed afferma, che tutti e tre questi autori discutono in senso diverso sulla obbligatorietà del rimando al giudice civile per la nullità del matrimonio in base agli art. 326 e 327 del codice civile francese, dai quali ha tratto origine l'art. 32 del nostro codice di procedura penale.

La corte di cassazione ha avuto rara occasione di manifestarsi. Tuttavia nella sentenza 10 gennaio 1891, ric. Bono Gaetano (*Riv. pen.*, vol. XXXIII, pag. 464), si legge: " Se è vero, che, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, allorquando l'imputato di bigamia sostiene che il precedente matrimonio non

sia valido, tale eccezione costituisce una quistione pregiudiziale devoluta alla giurisdizione civile ed allora quella penale deve sospendere la decisione sul reato, fino a che il tribunale civile abbia pronunziato sulla validità o meno del detto matrimonio, è altrettanto certo che il giudice penale ha la competenza a decidere, se la domanda di sospensione abbia apparenza di legalità e per conseguenza a portare il suo esame sui motivi di nullità per vedere, se abbiano fondamento legale oppure trattisi di eccezioni defatigatorie „.

Ora a noi pare, che nel lungo dibattito procedurale si sia perduto di vista il punto di diritto che doveva guidare alla risoluzione di ogni dubbio, il principio cioè da noi sopra discusso, che a costituire la nullità del matrimonio, come per gli effetti civili così per gli effetti penali, non basti la sussistenza di uno dei motivi stabiliti dalla legge, ma occorra la formale pronunzia del magistrato competente. Premesso tale principio e non essendo possibile dubitare che solamente il giudice civile sia competente a dichiarare formalmente la nullità del matrimonio, facile si rende stabilire il còmpito del giudice penale, quando l'impugnativa è dinnanzi a lui presentata come eccezione ad un'accusa di bigamia.

Sussista pure il motivo di nullità, laddove manchi la dichiarazione del giudice civile, nessuna legge impone di aspettarla. Ricordato il modo, nel quale abbiamo inteso l'art. 113 del codice civile, se ne deduce agevolmente l'impossibilità di estenderne il precetto. Si tratta di un mezzo dato dalla legge per evitare in alcuni casi il possibile annullamento di entrambi i matrimoni; ma fuori di quei casi la legge non ha creduto disporre alcun modo di evitare le altre conseguenze del principio della validità del matrimonio non annullato e questo modo non si può creare con una estensione arbitraria a casi perfettamente diversi. Cadono dunque di peso tutte le argomentazioni tratte dal testo degli art. 113 codice italiano, 189 codice francese, invocato per giustificare l'obbligatorietà della so-

spensione del giudizio penale. E cadono, nonostante si cerchino puntellare con la possibilità, che il coniuge, contro cui si oppone la nullità del primo matrimonio, sia costituito parte civile. Si dice: non si può negare al coniuge del primo matrimonio il diritto di costituirsi parte civile nel giudizio di bigamia e non si può negare al bigamo il diritto di opporre di fronte a lui la nullità del primo matrimonio. Troverà almeno in questo caso applicazione il precetto dell'art. 113 del codice civile? Niente affatto.

L'oggetto della domanda è diverso: la parte civile non chiede al giudice penale la nullità del secondo matrimonio, nè il giudice penale la potrebbe certo pronunziare, nè la condanna per bigamia la contiene. Il giudicato penale non ha alcuna influenza agli effetti civili per le quistioni, delle quali incidentalmente conosce, e quindi nulla vieta al coniuge costituito parte civile di chiedere, dopo la condanna, innanzi al magistrato civile la nullità del secondo matrimonio che anzi sarà suo obbligo di farlo se ne vuol rotto efficacemente e definitivamente ogni vincolo. E sarà allora soltanto che l'impugnativa del bigamo avrà effetto di sospensione.

Ora, escluso il testo di legge, che si vuol rinvenire nell'indicato articolo 113, quale altro potrà giustificare la sospensione obbligatoria del giudizio penale? Non ci fermeremo nemmeno per un momento sull'articolo 32 del codice di procedura penale: la dizione sua è così chiaramente riferibile ad un'azione penale per reati di soppressione di stato e questi sono così esclusivamente fondati sui rapporti di filiazione, che troppo giustamente l'Impallomeni si ribellava all'argomentazione, che il Tuozzi gli attribuiva.

E non è sull'art. 327, che alcun autore francese ha fondati i suoi ragionamenti.

Fu la sola corte di cassazione di Francia, che nella nota citata del 5 novembre 1812 accennò di sfuggita ad argomentare dall'art. 326; errore anche questo così evidente, che la dottrina appena credette necessario confutarlo; ma ad ogni modo l'art. 326 è ben lungi dal

trovare corrispondenza nell'art. 32 del nostro codice di procedura penale.

E allora, sempre in cerca di testi, ci potremo rifugiare, come fanno con così apparente virilità di argomentazioni l'Hoffmann e il Trébutien, nelle leggi sull'organizzazione giudiziaria, nelle maggiori garanzie date alle parti nei giudizi civili, nella inettitudine dei giurati e anche dei giudici penali a pronunziare sulla eccezione? Prima d'ogni altro ciò varrebbe evidentemente negare l'esattezza del principio che il giudice dell'azione è giudice dell'eccezione, perchè non si può dubitare che non in questo caso soltanto, ma in tutti i casi, nei quali il giudice penale deve esaminare una quistione di diritto civile, potrà tenersi conto della diversa qualità delle prove richieste dalla legge, ma non certo si potrà mantenere le forme del rito civile, nei diversi gradi di giurisdizione, nel modo di risolvere gli incidenti e in tutte le altre norme procedurali. Ed è ciò tanto vero, che i due soli autori, i quali si servono di questo argomento sono l'Hoffmann e il Trébutien, che partono da norme generali sulle quistioni pregiudiziali al giudizio, assolutamente contrarie a quelle generalmente ritenute ed accettate, sono i due soli autori, che negano al magistrato penale facoltà di conoscere di qualunque quistione di diritto civile, quando pure non si tratti che di conoscerne incidentalmente ed accessoriamente per stabilire un'aggravante od un elemento del reato e si fondano sopra altro principio anche prevalentemente respinto, quello che dà forza di giudicato alla sentenza penale per gli effetti civili anche sulle quistioni incidentalmente risolte. Ma la massima sana e vitale data dal diritto romano si mantiene e resiste agli attacchi, che le si rivolgono: " cui jurisdictio data est ea quoque data videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest ".

Il giudice dell'azione penale è giudice dell'eccezione civile appunto perchè l'eccezione civile non è un'azione e senza azione non vi è giudice; è solamente un ostacolo, che si pone sul cammino dell'azione penale d'in-

teresse sociale e chi deve pesare nella bilancia della sua coscienza da una parte questo interesse sociale, di cui gli è confidata la tutela e dall'altra il libero svolgimento di diritti individuali, è naturalmente chiamato a verificare tutte le condizioni, nelle quali si avveri la necessità della pena e non può, se non in casi assolutamente eccezionali, delegare l'esame di alcuno degli elementi, che deve formar parte del suo intimo e completo convincimento, qualunque sia la natura di questo elemento, qualunque la difficoltà dell'indagine. La facoltà di respingere e di accogliere l'eccezione, quando è limitata nel senso, che la reiezione o l'accoglimento altro effetto non produca che la rimozione dell'ostacolo o l'arresto dell'azione, è appunto compresa nella facoltà di provvedere sull'azione.

È quindi nella ragione, non nella opportunità o nella pratica utilità ed è nelle disposizioni di legge, che dànno al giudice penale la facoltà di punire quando concorrano gli elementi del reato e di assolvere, quando manchino, che trova largo e valido fondamento la massima quasi unanimemente accettata. Sono invece le eccezioni che si dispongono per opportunità, per condizioni speciali di pratica utilità. Si faccia loro largo quanto si voglia, ma dal legislatore, non dall'interprete e non si dimentichi il canone fondamentale della indipendenza fra le giurisdizioni civile e penale: non esiste quistione pregiudiziale senza testo, sia che si tratti di pregiudiziale all'azione, sia che si tratti di pregiudiziale al giudizio.

Ma, a parte tutto ciò, noi riteniamo e crediamo di aver dimostrato, che ad alcun esame sulla sussistenza della nullità non è chiamato il giudice penale; soltanto invece ad un'indagine assai semplice e facile sulla sussistenza dell'annullamento, indagine assolutamente di fatto, contro la quale in nessuna maniera può opporsi l'organizzazione della giurisdizione penale e la mancanza di attitudine nei giudici.

Non è dunque fondato sopra alcun testo di legge l'obbligo del giudice penale di sospendere ogni prov-

vedimento sul reato, di fronte alla semplice impugnativa della validità del matrimonio. Ed è evidente che non si possa distinguere fra nullità del primo e del secondo matrimonio. Questa distinzione si comprende come intuitiva suggestione del principio razionale, che la nullità del primo, non quella del secondo matrimonio, può giustificare la impunità della bigamia, ma, quando è respinto testualmente dal codice questo principio, quando è negata l'applicabilità dell'art. 113 codice civile, che d'altronde non interamente la suffraga, perde ogni ragione di essere, perchè non resterebbe a sorreggerla, che la speciosa argomentazione, la quale vede il reato nel secondo matrimonio e ne esclude il primo, mentre già senza possibilità di replica è stato semplicemente osservato, che appunto il secondo matrimonio non è reato senza la validità del primo.

Ma si potrà quest'obbligo fondare sopra principii generali di diritto? A noi non pare. Ricordiamo, che, stando ai principii generali di diritto, gli elementi razionali del reato di bigamia tutti concorrono, sempre che la celebrazione del secondo matrimonio precede l'annullamento del primo. Se la legge ha voluto estendere la retroattività dell'annullamento fino ad impedire, che posteriormente a questo possa aver luogo una condanna per bigamia, ciò non vale certamente a modificare gli elementi richiesti per la sussistenza del reato. Ogni retroattività ha questo peccato, che vale ad evitare gli effetti futuri di un rapporto passato, ma non certo può distruggerne gli effetti esauriti.

Non ci sembrano quindi applicabili al caso le tre domande del Merlin: Si può condannare un accusato prima che la prova del crimine sia acquisita in maniera indistruttibile? No, senza dubbio. Si può condannarlo senza avere la certezza che l'azione, che costituisce il preteso crimine, non perderà per un avvenimento, che può sopravvenire, il carattere di crimine? No, ancora. Si può condannarlo provvisoriamente? No tanto meno. E non ci sembrano applicabili, perchè,

se il carattere del crimine sta nella coesistenza dei due matrimoni, questo carattere ha vita indistruttibile al momento della celebrazione del secondo e qualunque avvenimento posteriore non può farlo sparire, potendo solo bastare per precetto espresso di legge ad evitare la pena, quando non ancora è stata pronunziata.

È tanto vero che questo ricorso ai principii generali di diritto non è sufficiente, che si invoca in alcuni casi soltanto, mentre in altri, nei quali ricorrono le stesse ragioni, si fa largo a conseguenze chiaramente contrarie.

Vogliamo alcuna ricordarne.

Per quanto, tutto essendo controverso in questa materia, nemmeno è generalmente accettato, che per ordinarsi la sospensione del giudizio penale sia almeno necessario che la nullità dei matrimoni sia opposta dall'accusato, tuttavia questa è l'opinione prevalente anche fra coloro che sostengono l'obbligatorietà di sospendere il giudizio penale. Ora questa risoluzione è contraria al principio, che si pone a base della necessità di sospendere. Un imputato, dice giustamente il Merlin, non può rinunziare ad un beneficio di legge, non può esser punito sol perchè vuole esser punito. Ora, se la semplice previsione di un posteriore possibile annullamento dovesse bastare ad escludere la facoltà di condannare, a che richiedere e su qual fondamento che la nullità sia opposta? Le tre domande del Merlin non si potrebbero ripetere e non si dovrebbe ad esse rispondere nello stesso modo, sia o no impugnato il matrimonio, quando la nullità si ravvisi sussistente?

Ma vi è ancora qualche caso più chiaro. Fra le cause di nullità ve ne ha alcuna, che non può essere opposta dal coniuge. Se tuttavia questi la addita nel giudizio penale? Nessuno ha sostenuto che debba aver luogo anche in questo caso la sospensione. Tuttavia può bene avvenire che in seguito il terzo, a cui la legge concede la facoltà di valersi di quel mezzo, impugni il matrimonio e lo faccia annullare. Eccoci al-

lora in presenza di una condanna per bigamia, di una pena forse espiata, sebbene sia in seguito giudicato nullo uno dei matrimoni, sulla cui validità la condanna era fondata. E si fa presto a dire, come l'Hoffmann, che in questo caso si ha un male che non è possibile evitare: o il principio sussiste e in mancanza di espresse disposizioni eccezionali di legge deve essere sempre applicato o non sussiste e in mancanza di espressi precetti di legge deve essere sempre respinto. Nei due casi, che abbiamo esaminati, l'assurdo delle conseguenze costituisce una fortissima riprova della insussistenza del principio.

Ed è bene osservare, che nel bivio fra l'impunità e la prosecuzione del giudizio non si è esitato a scegliere. Ciò che conduce ad un'ultima pratica considerazione, la quale dà il colpo di grazia per escludere ogni fondamento di principii generali alla obbligatorietà della sospensione. L'obbligo di sospendere il giudizio penale contiene per logica necessità la conseguenza, che mai possa pronunziarsi condanna finchè l'eccezione di nullità non sia definitivamente respinta. Quindi non è soltanto quando si eccepisce una nullità non personale all'accusato di bigamia, che ci si può trovare di fronte all'impossibilità di punire, ma anche quando si eccepiscono altre nullità relative o perfino nullità assolute. Difatti, quando il magistrato penale avrà sospeso di pronunziare fino alla risoluzione del giudizio civile, chi curerà di iniziare e di completare questo giudizio, chi provocherà la sentenza definitiva? Il coniuge accusato? Se vorrà, se cioè si vedrà così sicuro di provare la nullità da ottenerne senza alcun dubbio la dichiarazione e non avrà alcun interesse contrario. Ora questo caso si verificherà assai di rado, perchè, quando l'eccezione è di esito sicuro e il coniuge non ha alcun interesse a mantenere in vita il matrimonio, è difficile che aspetti ad essere processato per bigamia prima di fare annullare il matrimonio e se si tratta del primo è difficile anche che celebri il secondo, ricorrendo il più delle volte ad altri reati prima di ottenere l'annullamento. Nella maggior parte dei casi il

coniuge o eccepisce per procrastinare il giudizio penale o ha interesse a non fare annullare il matrimonio. E allora chi l'obbligherà ad intentare il giudizio civile? Resterà il giudizio penale eternamente sospeso, ciò che, finchè nessun matrimonio è sciolto, non produce prescrizione giusta l'articolo 360 del codice penale, ma equivale ad una completa concessione d'impunità.

Ma si dirà: il magistrato penale concederà un termine e questo decorso inutilmente, procederà oltre liberamente. Strana transazione, che nega trionfantemente il principio che si vuol sostenere! O l'esistenza della eccezione impedisce il pronunziato penale o non lo impedisce. Se non lo impedisce, non si deve parlare di obbligo di sospendere. Se lo impedisce, lo stato delle cose si troverà perfettamente immutato, quando il termine concesso all'imputato è inutilmente decorso, perchè, se si tratta di nullità assolute, egli non può rinunziarvi e se si tratta di nullità relative, non può tacitamente confermare il matrimonio in modo diverso da quelli espressamente preveduti dalla legge.

Ovvero si dirà che il giudizio di nullità sarà proseguito in via civile dal pubblico ministero? Mai più, se si tratta di nullità relative, nelle quali il pubblico ministero non ha facoltà d'immischiarsi. E se si tratta di nullità assolute, non bisogna dimenticare due cose. La prima è che il pubblico ministero per la legge italiana, a differenza dalla francese, non ha obbligo, ma facoltà di esercitare l'azione di nullità dei matrimoni. Ha invece obbligo imprescindibile di esercitare l'azione penale. Quindi stabilire l'impossibilità di punire la bigamia senza un precedente giudizio civile di nullità varrebbe tramutare in obbligo quella che è facoltà del pubblico ministero. E ciò non può fare che la legge con una espressa disposizione. La seconda considerazione è assai più grave. Il pubblico ministero ha facoltà d'intentare giudizio civile per far dichiarare la nullità, non la validità di un matrimonio. Ora nel caso che il pubblico ministero creda infondata l'eccezione, nessun giudizio di nullità potrà in-

tentare. Potrà farsi parte diligente e domandare al giudice civile, che respinga l'eccezione opposta dall'accusato nel giudizio penale? Non certo, perchè il giudice civile sentenzierebbe che l'eccezione è opposta in altra sede e dinnanzi a lui non vi è azione per nullità, perchè nessuno l'ha domandata, non vi è azione per validità, perchè il pubblico ministero non ha diritto di esercitarla. Ed è qui, che si palesa anche con maggiore evidenza la differenza del caso contemplato dall'art. 113 del codice civile, in cui si tratta di eccezione di nullità opposta innanzi allo stesso giudice civile e quindi di azione, che, mossa da chi ne ha il diritto, può essere proseguita da qualunque delle parti in giudizio abbia interesse a domandarne la reiezione. È qui che si palesano gli effetti diversi di una impugnativa per nullità fatta dinnanzi al giudice civile, che è competente a giudicarla, di un'impugnativa che la legge non parifica certo alla pronunzia del magistrato, ma a cui pure con il citato art. 113 concede una virtù di sospensione, che nessun testo di legge riconosce alla stessa impugnativa fatta in sede penale. È qui, che si trova la riconferma della impossibilità di estendere l'articolo 113, sul quale con tanto vigore si argomenta.

Ed allora si vorrà invece che il pubblico ministero intenti giudizio di nullità del matrimonio che crede valido per provocare col rigetto della sua azione un giudicato, che permetta di proseguire il giudizio penale? O finalmente si escogiterà ancora un rimedio: che il pubblico ministero domandi al giudice la nullità del secondo matrimonio e qualora il giudice la pronunzi, non sarà più il caso di soprassedere al giudizio penale. Perchè? Se l'accusato oppone all'azione civile intentata dal pubblico ministero la nullità del primo matrimonio, passi pure, sebbene la differenza dell'attore potrebbe far disputare sull'applicabilità dell'art. 113 codice civile, ma se l'accusato nulla oppone, il giudicato civile non verrà sulla nullità del primo matrimonio e l'eccezione si troverà lo stesso impregiudicata, quando sarà opposta nel giudizio pe-

nale. E ciò a parte dal ricordare, che per l'art. 114 del codice civile nemmeno in tutti i casi, in cui il reato può essere punibile, è concessa al pubblico ministero l'azione civile di nullità per bigamia.

Comunque si guardi, per quanto si faccia lavorare l'immaginazione, il problema resta insolubile: l'obbligo di sospendere il giudizio penale equivale in moltissimi casi ad una completa concessione d'impunità. Per i reati di soppressione di stato è appunto questo il risultato della pregiudicialità della quistione di stato ed appunto per questo si è tanto lamentato contro gli articoli 326 e 327 del codice civile francese, 32 del nostro codice di procedura penale e si è finito con ripetere a tutte l'ore che quello è il precetto della legge e che il giudice deve applicarlo, non discuterlo. Or si vorrebbe venire alle stesse conseguenze anche per il reato di bigamia, in base a principii, che si dicono razionali e senza che esista alcun testo di legge, che lontanamente autorizzi la pregiudicialità?

E allora, escluso l'obbligo, non ci resta che a dire pochissime parole in ordine alla facoltà del magistrato penale di sospendere il giudizio. Abbiamo detto altra volta e ripetiamo, che nessuna legge impone al giudice penale di pronunziare la sentenza in un dato momento. Richiesto dal pubblico ministero il suo pronunziato, egli può fissarne il tempo e quando lo creda opportuno, anche fissato, può rinviare la sua decisione. Niente vieta quindi nel caso nostro al magistrato penale di fronte ad un'eccezione di nullità, di dare un termine all'accusato, perchè provochi la pronunzia del giudice civile. Ed è evidente, che tanto più opportunamente lo farà, quanto più fondata ravvisa l'eccezione. Questo provvedimento non ha nulla a che fare con l'art. 33 del codice di procedura penale nella parte, in cui questa disposizione di legge ha natura eccezionale, quella cioè, che faculta il giudice penale a spogliarsi della cognizione della eccezione e rimetterla al giudice civile. Nel caso nostro la cognizione del giudice penale resta quale era, limitata all'indagine

sulla esistenza o sulla mancanza non di una ragione di nullità, ma di una pronunzia di nullità; solamente, poichè questa pronunzia può mancare in un dato momento ed esistere in un altro, poichè l'imputato può ottenere dal giudice civile un pronunziato, che per precetto di legge produce l'esclusione del reato, il giudice penale può con la concessione di un termine dargli agio di provocarlo. Non avrà ragione di farlo, quando vedrà che l'eccezione non ha fondamento, ma nel caso opposto, quando la nullità è evidente, sarà larghissimo nel concedere termini. Secondo il nostro avviso, è quindi in errore il Puglia quando ritiene, che, risultando chiaramente fondata l'eccezione di nullità, deve il giudice penale proseguire il giudizio. E questo errore, mentre da una parte dipende direttamente dal voler derivare la facoltà di un rinvio, che è facoltà generale, dall'analogia col citato articolo 33, che non permette estensione, dall'altra contiene la negazione del principio, che abbiamo cercato di dimostrare: la nullità di un matrimonio, anche per gli effetti penali, non opera di pieno diritto, ossia non sussiste, fino a quando non è pronunziata.

Si vuole un caso, che rassomigli assai meglio delle quistioni quasi pregiudiziali al caso, di cui ci occupiamo? Si ricordi l'efficacia del concordato e del beneficio concesso per l'articolo 839 del codice di commercio sulla procedura penale di bancarotta. Si verifica tutti i giorni, che l'accusato eccepisce la pendenza di un concordato e domanda la sospensione del giudizio, perchè, ottenendo la suddetta concessione, il reato non potrebbe essere punito. Ebbene da una parte non si sostiene più che la pendenza delle trattative di concordato o anche, questo conchiuso, la pendenza della domanda di omologazione obblighi il magistrato penale a tener sospeso il giudizio e dall'altra nessuno nega la facoltà di rinviare a quel termine che si crede opportuno.

Questa risoluzione, che si è data in pratica facilmente nel caso, che si verifica così di frequente, a noi pare che avrebbero dovuto dare la dottrina e la giu-

risprudenza nella quistione, che le ha tanto preoccupate. Nessuna efficacia giuridica ha l'impugnativa per nullità di qualunque dei due matrimoni fatta dall'accusato di bigamia in sede repressiva e quindi in mancanza di una dichiarazione di nullità e nella impossibilità che sia data dal magistrato penale, nessuna conseguenza può produrre l'eccezione, oltre quella di eccitare il prudenziale arbitrio del giudice a servirsi, se crede, di una facoltà, che ha dalla legge in ogni caso, rinviando il giudizio, onde permettere all'accusato di provocare il pronunziato civile.